

Censurar y castigar

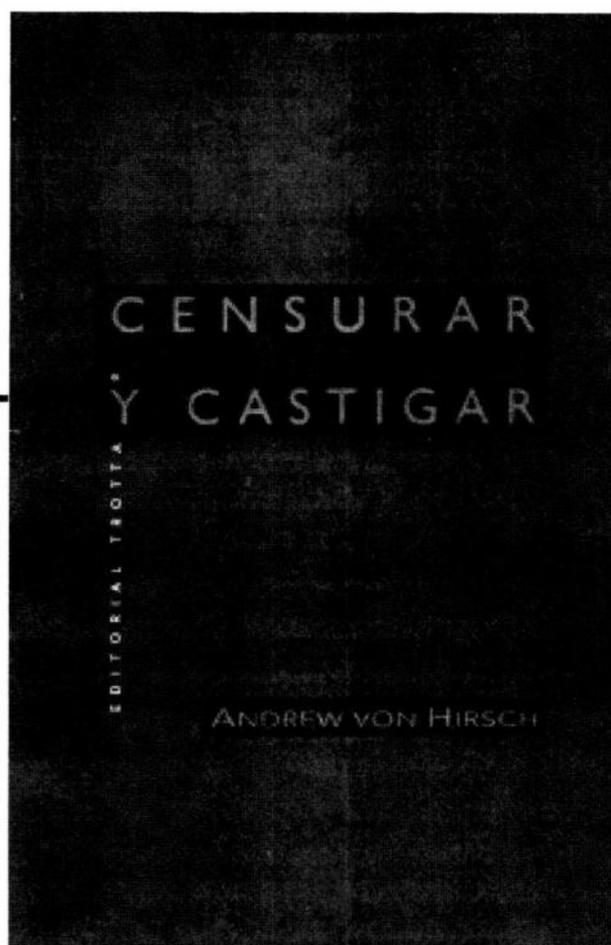
Andrew von Hirsch

traducción de Elena Larrauri

del original de 1993, *Censure and Sanctions*

Editorial Trotta, Madrid, 1998

por Diego Zysman Quirós



Pese a que su título en castellano dirige nuestro pensamiento a la obra penal cumbre de Foucault, y permite imaginar que en sus páginas encontraremos una nueva mirada histórica o sociológica del castigo, y aun cuando el apellido del autor nos invita a reencontrar la tradición jurídico-penal germana, el libro de von Hirsch constituye un claro (y veremos que privilegiado) exponente de la penología anglo-norteamericana de los últimos treinta años. Durante este período, dicha disciplina se ha propuesto (no sin cuestionamientos)

presentarse como la más indicada para ofrecer soluciones viables a la crisis de legitimación punitiva de fin de milenio¹ utilizando para ello un potente acopio de conocimientos legales y de investigaciones empíricas.²

De esta forma, la obra en estudio desbroza el panorama anglosajón a la vez que desarrolla su propuesta de justificación y (especialmente) de determinación de las penas. Estas preocupaciones tradicionalmente identificadas en el concepto de *Sentencing*,³ se enfrentan desde una perspectiva de mayor am-

¹ Cf. Garland, D. *Punishment in Modern Society. A Study of Social Theory*, Oxford, Clarendon Press, 1991, p. 4.

² La penología, como continuadora de la "ciencia penitenciaria" del siglo XIX, ha sido sometida a una discreta pero contundente crítica debido a la estrechez de su visión, en tanto se concreta en el funcionamiento interno de las instituciones penales; ello frente a una sociología del castigo apta para comprender la

relación del castigo penal con la sociedad. Cf.: ídem, p.10; Garland, D: "Sociological Perspectives on Punishment", en von Hirsch & Ashworth (eds.) *Principled Sentencing. Readings on Theory & Policy*, Oxford, Hart, 1998, p. 381.

³ Básicamente ingresa dentro del *Sentencing* todo acto judicial posterior a la *Conviction*, es decir, la declaración de culpabilidad del acusado.

plitud y pragmatismo que las abordadas por la dogmática jurídico penal bajo el rótulo indistinto de “determinación” o “individualización judicial de la pena”, en sistemas de raíz europea continental como el nuestro.

No obstante esta afirmación, y tal como lo ha entendido la traductora en su “introducción al lector español”, para comprender verdaderamente el significado de esta obra, y a su autor, se hace preciso un fugaz repaso del desarrollo del sistema legal punitivo de los Estados Unidos⁴ en el último siglo, ya que ha sido éste el que marcó la huella en esta clase de debates.

Usualmente se ha sostenido que las ponencias de Z. Broackway (luego mejor conocido por la dirección del reformatorio de Elmira), en el Congreso Nacional Penitenciario de Cincinatti, en 1870, fijaron en el país un punto clave para el llamado “ideal resocializador” o “rehabilitador”. Dicho discurso, de la mano de las instituciones del *Welfare State*,⁵ se hizo ideología dominante durante los dos primeros tercios del siglo veinte, junto a su expresión punitiva más conspicua: la sentencia indeterminada (*indeterminate sentencing*).⁶

Este esquema legal permitió una gran discreción judicial en cuanto a la utilización de

la *probation*⁷ o la prisión, más en este último caso el condenado –y la duración de su sentencia– quedaban virtualmente supeditados a las autoridades penitenciarias (*parole boards*) quienes finalmente “determinaban” la pena a cumplir efectivamente, tornando en un elemento meramente simbólico a la condena judicial pronunciada. K. Knapp ha expuesto los elementos clave de este sistema: 1) amplios márgenes de sentencia con máximos altos que llegan a los 10, 20 ó 30 años; 2) determinación judicial de la prisión o *probation*; 3) pronunciamiento judicial de una sentencia simbólica de larga duración para los casos de prisión, normalmente consistente en el máximo previsto; 4) control administrativo sobre el término de prisión, ejercido por las autoridades del *parole board*, lo que alienta a éstas y a los jueces a definir propósitos dispares para las sentencias y hace casi imposible una revisión judicial.⁸

Lo cierto es que en los años 70, en el marco de la crisis del modelo rehabilitador cuyo exponente más popular ha sido el “nada funciona” (*nothing works*) de Martinson,⁹ la *indeterminate sentencing* se abrió a las críticas de sectores liberales y radicales por permitir una enorme disparidad de condenas y gran discriminación racial, además de

⁴ Es referencia obligada expresar que pese a la unificación constitucional, la autonomía legislativa que posee la media centena de estados que componen los Estados Unidos de Norteamérica, hace muchas veces dificultoso referirnos jurídicamente a él como a una unidad.

⁵ Cf. Garland, D. *Punishment and Welfare: A History of Penal Strategies*, Aldershot, Gower, 1987.

⁶ Cf. Jiménez de Asúa, L. *La Sentencia Indeterminada*, Bs. As., E.J., 1989, p. 61; Asúa Batarrita, A. “Pena Indeterminada”, en *Nueva Enciclopedia Jurídica*, Tomo XIX, Barcelona, Francisco Seix, 1989, pp. 431-34.

⁷ En este caso el condenado quedaba en libertad, debiendo rendir cuentas por el período impuesto a su agente de libertad vigilada.

⁸ Knapp, K.A. “Criminal Sentencing Reform. Legacy for the Correctional System” (chapter 7), en Goodstein, L.; MacKenzie, D. (eds.): *The American Prison. Issues in Research and Policy*, New York/London, Plenum Press, 1989, pp. 111-131.

⁹ Cf. Garland, D. *Punishment...* op. cit., p. 7 donde cita el trabajo de Martinson de 1974: “What Works? Questions and Answers about Prison Reform”, publicado en *The Public Interest* 35 y su influencia en torno de la eficacia negativa del tratamiento penitenciario. También su cita es obligada en el libro de Allen, F. *The Decline of the Rehabilitative Ideal: Penal Policy and Social Purpose*, New Haven, Yale University, 1981, actualmente un “clásico” sobre el tópico.

una evidente incertidumbre. Mas también en ella confluyeron los sectores conservadores que reclamaban penas mayores a las efectivamente purgadas en este modelo, y cuyos costos entendían excesivos.

Estas críticas se expresaron en la conformación de un modelo heterodoxo y pretendidamente garantista como fue el *Justice Model*, que bajo una tonalidad neoclásica clamó por el retorno a la “justicia”¹⁰ entendida como proporcionalidad punitiva en la forma del “justo merecimiento” (*just deserts*), y, para conseguir ello, a las penas predeterminadas legalmente (*determinate sentencing*). Pero también, con reminiscencias a la inocuización (von)Liztiana, se abrió una línea reivindicatoria de la pena de prisión como mera incapacitación cuya más reciente y contundente expresión puede observarse a partir de 1994 en las leyes conocidas bajo el eslogan beisbolístico de *Three Strikes and you're out* (a la tercera quedas fuera), que llegan a imponer un mínimo de prisión de 25 años sin posibilidad de libertad condicional al pronunciarse una tercera condena.¹¹

La primera de estas corrientes encontró respaldo en las leyes de California (1976), Indiana (1977) e Illinois (1978) que volvie-

ron al *determinate sentencing*, especificando al castigo como único propósito y eliminando la discreción de la “puerta trasera” (*back-door*): las *parole boards*. Con propósitos similares se implementaron otras técnicas más minuciosas como la de las *sentencing guidelines* (guías para sentenciar) que básicamente restringieron la imposición de la pena a la gravedad del hecho y los antecedentes delictivos. Ellas se experimentaron por primera vez en Minesota en 1980 y fueron seguidas por los estados de Washington y Pennsylvania; luego se extendieron –con ánimo de imprimir una mayor severidad– a nivel federal desde 1987, a través de la *U.S. Sentencing Commission*, convirtiéndose en la técnica legislativa dominante desde hace algunos años.¹²

Debe destacarse que la influencia del *just desert* hoy día se ha desplegado en la legislación de Inglaterra (a través de la *Criminal Justice Act de 1991*), y en diversa medida en Canadá, Nueva Zelanda, Finlandia, Suecia y Australia, entre otros países,¹³ expresándose con cierta timidez en los congresos para la Prevención del Delito y Tratamiento del Delincuente de las Naciones Unidas.¹⁴

Llegados a este punto debemos señalar que entre los teóricos del *just desert* se con-

¹⁰ Como primer libro del *Justice Model* se recuerda a *Struggle for justice*, del American Friends Service Committee, publicado en New York en 1971, año de la revuelta de Attica. Cf. Cavardino, M.; Dingnan, J. *The Penal System. An Introduction*, London-Thousand Oaks - New Delhi, Sage, 1997.

¹¹ De la creciente literatura sobre el tema, puede verse un repaso del clima político y mediático que rodeó esta reforma económicamente apoyada por la *National Rifle Association*, en Mauer, M. “La fragilidad de la reforma de la justicia Penal en Estados Unidos”, en *Doctrina Penal 1997/A*, pp. 171-89. Un análisis más particularizado en Tyler, R.; Boeckmann, R. “Three strikes and you are out, but why?”, en *Law & Society*, v. 31, 1997, p. 237 y Austin, B. “The impact of ‘three strikes

and you're out””, en *Punishment and Society*, vol 1, 02, 1999.

¹² Muchos recordarán el apunte crítico de las tablas de penas y su rígido sistema de tabulación según el hecho y los antecedentes realizado por Christie en *La Industria del Control del Delito*, Bs. As., Del Puerto, 1993. Las sucesivas *guidelines* federales y sus enmiendas pueden encontrarse en el sitio web de la *United States Sentencing Commission* (www.ussc.gov)

¹³ Cf: Ashworth, A: *Sentencing and Criminal Justice*, London/Dublin/Edimburg, Butterworths, 1995, pp. 334 y ss.

¹⁴ Cf: las recomendaciones del *VII Congreso de las Naciones Unidas para la Prevención del Delito y Tratamiento del Delincuente*, La Habana, 1990 (pub., New York, 1991).

sidera a Andrew von Hirsch como el punto referente, en razón de la publicación, en 1976, del informe *Doing Justice. The Choice of Punishment*, hoy convertido en una de las obras pioneras de la materia.¹⁵ En sus páginas exigía castigar con menor pretensión de hacer el bien (criticando así al *Welfare State* y la rehabilitación) y mayor justicia. Por estas razones, y a pesar de que (como veremos) ciertos de sus lineamientos y críticas se emparentan con la propuesta garantista de autores como Ferrajoli, comúnmente se encuentra considerado como el precursor del nuevo “realismo americano de derechas”, mentor ideológico de la creciente prisionización de los años 80.¹⁶

En los últimos tiempos von Hirsch se ha desempeñado como *Senior Research Fellow* del Instituto de Criminología y *Fellow* del Fitzwilliam College, de la Universidad de Cambridge de la cual actualmente es profesor honorario de “Teoría y Ley penal”, también como profesor de la School of Criminal Justice de la Rutgers University (New Jersey) y como profesor adjunto de penología en la universidad de leyes de Uppsala, Suecia, de la cual es Doctor honorario. Además ha proseguido delineando su propuesta original en libros como *Past or Future Crimes* (1985), la obra en comentario (1993) y recientemente –en forma posterior a esta publicación– *Principled Sentencing* (1998) y *Criminal Deterrence and Sentence Severity* (1999).

Luego de este comentario previo, podemos adentrarnos sin más dilación en el contenido de la obra. Ella está estructurada en

diez capítulos (incluida introducción) y un epílogo final en el que el autor expone su propuesta para una justicia penal e intenta rebatir objeciones mayormente sociológicas a los presupuestos de su teoría de la pena. De estos capítulos, el tercero y noveno, adaptan en parte material ya publicado en el *Oxford Journal of Legal Studies* nro. 12 (escrito conjuntamente con A. Ashworth) y en el *Canadian Journal of Criminology* nro. 32. Ello indica la tónica del libro en la que la lectura de estas unidades generalmente es apta de seguirse como si fuesen textos independientes.

Sin perjuicio de ello, podemos referir que la perspectiva del autor se centra básicamente en tres presupuestos sobre los que erige su teoría, defiende sus postulados y critica las demás posiciones. Ellos se reiteran expresa o tácitamente en los sucesivos planteos, y pueden condensarse en los siguientes: a) que la determinación punitiva no puede apartarse de la idea de justicia –y para eso debe desligarse de la prevención del crimen–; b) que a estos efectos la “benignidad” (en el sentido de menor severidad) debe ser considerada; y c) que los infractores deben ser tratados como ciudadanos normales (visión que se aparta de la patologización del criminal y reencuentra a las teorías clásicas del individuo). A partir de aquí considera que el justo merecimiento permite trazar un límite de coherencia y de justicia, sobre el que, a diferencia de las teorías preventivas (a las que dirigirá el nombre de “utilitaristas”) se pueda propiciar una restricción de la severidad penal.

¹⁵ Actualmente un mayor número de autores británicos y escandinavos han contribuido al *proportionally-based sentencing*: entre ellos A. E. Bottoms, Andrew Ashworth, R. A. Duff, Martin Vasik, y Nils Jareborg. El libro en comentario, en sucesivos capítulos, refiere o analiza las propuestas de algunos de ellos.

¹⁶ Así por ejemplo, en Pavarini, M. “Historia de la pena. La justificación imposible”, en *Delito y Sociedad* nro 1, 1992, pp. 9-21, o Christie, N., op. cit., p. 144.

Dentro de este ideal, su teoría de la pena proporcional –a la que considera desde ya plausible por su contenido ético– busca responder no sólo a una justificación general, como la que en mayor medida ha preocupado a los filósofos, sino también a una de tipo cuantitativo (¿cuánto castigo debería imponerse?). De esta forma, repasa algunas de las propuestas actuales más influyentes en el ámbito anglo-norteamericano como la de “la ventaja injusta” (que castiga por el beneficio indebido), la del “arrepentimiento” y la del “avergonzar” (*shaming*), para finalmente centrarse en la idea de censura que marcará el título de su obra. Ésta se basa en la condenación del hecho como algo malo (*wrongdoing*), entendiéndolo que ello permite tomar en cuenta tanto la víctima como su lesión, considerar al ofensor como un ciudadano normal (y “no como a un tigre”) y de la misma forma cuantificar un grado de reproche basado especialmente en el hecho cometido. En este desarrollo justifica en particular el sufrimiento necesariamente presente en las penas (¿Si la censura es un mensaje, por qué es necesario el dolor?), y para ello, pese a mantener la proporcionalidad como médula de su teoría, la incorpora en una explicación dual (pues no acepta considerarla mixta) en la que además de ella coexiste una función preventiva, implícita, un “desincentivo prudencial” destinado a coartar la posible tentación de los demás agentes morales, es decir la generalidad de los no ofensores, y, en ese sentido, podríamos entender de prevención general (*deterrence*). Con ello su teoría se acerca en parte a las

propuestas clásicas de Beccaría, Feuerbach o Bentham en las que retribución y prevención no podían entenderse sino como parte del binomio que expresaba en la pena el discurso del contrato social.¹⁷

Aclarada su justificación punitiva, y a fin de dotar de contenido a la idea de proporcionalidad, cuyo fantasma era reconocido desde tiempos de Bentham, el autor utiliza las nociones geométricas de proporcionalidad ordinal y cardinal para referir que a delito semejante debe imponerse gravedad punitiva semejante, y que distintos delitos deben ser jerarquizados en una escala global de penas, que además de proporción, permita poner coto al poder punitivo. A partir de estas ideas, explora criterios y algunas investigaciones para determinar la gravedad de los distintos delitos y consecuentemente, la severidad de las distintas penas; especialmente se detiene en las sanciones intermedias (multas y las llamadas “alternativas a la prisión”); allí descubre a la noción de “estándar de calidad de vida” (que a ratos se asimila a la noción continental de “bien jurídico”) como instrumento apto para dar mérito, según su merma o afectación, a la gravedad de los delitos –y con ciertas variaciones– de las consecuencias penales.¹⁸

Sobre estas consideraciones von Hirsh se propone “anclar la escala de penas”, es decir, determinada la gravedad de los delitos y su jerarquía en la escala, fijar la variedad de la respuesta punitiva en un *quantum*. Para ello, se opone a las penas draconianas (que considera comunican un mensaje erróneo de censura merecida¹⁹) y propone partir de las pe-

¹⁷ Cf. Garland, D. *Punishment...*, op. cit., p. 16.

¹⁸ En este último caso –creo que consecuentemente con su visión del ciudadano normal– deniega expresamente la posibilidad propuesta por N. Walker, de considerar la afectación subjetiva de la pena, como índice de su gravedad.

¹⁹ Ello pues considera que una pena severa, aplicada a un delito leve, tergiversaría –y confundiría– el mensaje de la censura, basado en el reproche merecido.

nas existentes con el fin de realizar una rebaja a *pro rata*, hasta llegar al mínimo que permita mantener el desincentivo adicional (fin preventivo general); ello es lo que lo lleva a propiciar una escala máxima de cinco años de prisión para el delito de homicidio, y de tres años para los demás delitos.²⁰

Del mismo modo, el autor marca su preocupación y propone criterios de restricción en torno a las sanciones intermedias fruto de los años ochenta (multas, arresto domiciliario, trabajo en beneficio de la comunidad, etc.), que considera han generado una extensión punitiva, siguen dependiendo de la prisión como castigo “refuerzo” y en algunos casos permiten una intrusión degradante en la vida del penado –e incluso de terceros– que excede lo que llamará “contenido penal aceptable”.

Finalmente y en tanto –como refiriéramos– algunos teóricos han acusado a la teoría del merecimiento por ser conservadora, responsable del incremento punitivo y del número de prisioneros en EE.UU. en la década del ochenta, el autor se dedica a desligar este proyecto del pensamiento conservador (más proclive a la incapacitación, según dirá) y a las políticas de “ley y orden” de los diferentes estados, a las cuales atribuye la razón de dicho incremento.

Efectuada esta reseña, se hace posible marcar varios comentarios a la teoría dual de von Hirsch: éstos podrían comenzar por

la simplicidad de este neo-clasicismo de fines de siglo veinte (especialmente por su posterioridad a una criminología crítica que puso sobre el tapete varias de las falacias del Derecho moderno); o más puntualmente, por marcar varias tensiones internas de una formulación que oculta bajo el mote de benignidad verdaderas nociones de prevención contra las que se ha predicado, y que juntamente con su visión de censura –componente claramente comunicativo– hacen difícil acreditar siquiera su carácter preponderantemente retributivo.

Nos parece, no obstante, que la importancia de la obra en nuestro medio no debe buscarse tanto en el interés teórico o la persuasión de sus hipótesis –cuya réplica merecería otro tipo de trabajo– sino en la posibilidad de conocer en castellano, el debate jurídico actual sobre el castigo en EE.UU. e Inglaterra: rastrear la influencia puritana en ciertas propuestas que llegan a nuestros días, advertir el desconcierto justificacionista del post-*Welfare* que abre el flanco a las teorías de la mera incapacitación o hace recaer en teorías comunicativas y simbólicas, conocer la cooptación de algunas propuestas por el gobierno federal norteamericano y valorar el emplazamiento del *just desert* en los últimos años: todo ello por propia boca de uno de sus representantes históricamente más destacados, punto en el que este libro muestra su originalidad ✦

²⁰ Este tipo de propuestas deudoras del *Justice Model* muestran en forma sugerente la filiación a este movimiento por el garantismo (utilitarista) de Luigi Ferrajoli, quien se pronuncia por el abandono de otro tipo de posibles benevolencias carcelarias en orden a la fijación de un límite legislativo máximo y cierto para la pena de prisión, de diez años. Cf: *Derecho y Razón. Teoría del Garantismo Penal*, Madrid, Trotta, 1997, pp. 406 y ss. Sin embargo, estas

concepciones son criticadas por “dejarse cooptar”, ya que –como era previsible– resultó fácil legitimar en ellas la reducción de “beneficios penitenciarios” como la libertad condicional sin someterse a la árida polémica que desataría la reducción de los máximos propuesta. Cf. Brodeur, J-P. “Quelques notes sur la Réforme de la Détermination de la peine au Canadá”, en *Criminologie*, vol XXIV, nro. 2, 1991, pp. 81-98.